



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA**

Processo nº 35462.001426/2004-60
Recurso nº 142.835 Voluntário
Matéria Cessão de Mão de Obra: Retenção. Empresas em Geral
Acórdão nº 205-00.383
Sessão de 13 de março de 2008
Recorrente SALUTIA BRASIL LTDA
Recorrida DRP-SÃO PAULO/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/02/1999 a 30/11/2000

**RETENÇÃO DOS 11% - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. DEPÓSITO
RECURSAL. VALOR RECOLHIDO ACIMA DO DEVIDO.
CABÍVEL RESTITUIÇÃO.**

O dever de reter os 11% é da tomadora de serviços, a presunção do desconto sempre se presume oportuna e regularmente realizada.

O depósito recursal sendo realizado em montante acima do devido acarreta a restituição do excesso recolhido.

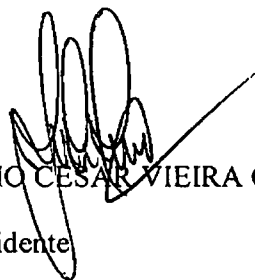
Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 35462.001426/2004-60
Acórdão n.º 205-00.383

CC02/C05
Fls. 306

ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, reconhecendo o direito do contribuinte em reaver parcialmente o montante do depósito recursal. Vencido os Conselheiros Manoel Coelho Arruda Junior, Damião Cordeiro de Moraes, e Misael Lima Barreto que votaram pela conversão em diligência para exame da documentação trazida aos autos pela contratada relativa à retenção na cessão de mão de obra. Designado para redigir o voto vencido o Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior.



JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Presidente



MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato e Misael Lima Barreto.

Processo n.º 35462.001426/2004-60
Acórdão n.º 205-00.383

CC02/C05
Fls. 307

Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social em virtude da retenção de 11% decorrente da contratação da empresa PL Teconologia Ltda., conforme previsão no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991. O período compreende as competências fevereiro, março, maio a setembro, novembro de 1999 e novembro de 2000, fls. 17 e 18.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 28 a 42.

O INSS comandou diligência fiscal, fl. 188, a fim de que o Auditor notificante pudesse se manifestar acerca da documentação juntada pela notificada.

Houve a prestação de informação à fl. 189.

A Decisão-Notificação confirmou a procedência, em parte, do lançamento, fls. 197 a 205.

Não concordando com a decisão da autarquia previdenciária, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 214 a 229.

Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

- A manutenção contratada se refere a softwares e não a hardwares, não estando sujeito à retenção, conforme Circular n.º 46/1999;
- A empresa prestadora sempre efetuou os recolhimentos devidos à Previdência Social, conforme demonstram as guias de recolhimento juntadas pela recorrente; não podendo o INSS cobrar duas vezes sobre os mesmos fatos geradores;
- É inconstitucional a retenção de 11%;
- A empresa tomadora não possui qualquer relação com a situação que constitui fato gerador em relação à prestadora de serviços; estando incongruente com o art. 128 do CTN;
- Requerendo que seja julgado insubsistente o crédito previdenciário.

O INSS apresenta suas contra-razões às fls. 234 a 238. A autarquia previdenciária alega, em síntese:

- Não foram trazidos elementos novos capazes de alterar a decisão anterior;
- Houve a manutenção de equipamentos, conforme demonstram as notas fiscais colacionadas;
- Não importa o fato de a prestadora ter efetuado os recolhimentos para elidir a responsabilidade da tomadora pela retenção dos 11%;

Processo n.º 35462.001426/2004-60
Acórdão n.º 205-00.383

CC02/C05
Fls. 308

- Não cabe à instância administrativa a apreciação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato legal;
- Requerendo, por fim, que seja negado provimento ao recurso interposto pelo contribuinte.

Decisão proferida pela 2ª Câmara do CRPS, fls. 240 a 245, por maioria, anulou a decisão de primeira instância.

A notificada manifestou-se às fls. 257 a 260; sendo emitida nova decisão, conforme fls. 267 a 277, mantendo em parte o lançamento.

Inconformada com a decisão emitida pelo órgão previdenciária, a notificada interpôs recurso, conforme fls. 284 a 292, reiterando os argumentos já apontados e acrescentado a necessidade de restituição da diferença do depósito recursal.

Contra-razões apresentadas pela Receita Previdenciária às fls. 297 a 302, o órgão previdenciário alega que não foram apresentados novos elementos, devendo ser mantida a decisão de primeira instância.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR.

O ilustre Conselheiro Relator, Dr. Marco André Ramos Vieira, entendeu pelo PROVIMENTO PARCIAL do recurso interposto, para que seja restituída a diferença recolhida a maior, concernente ao depósito recursal:

Ementa: NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO – RETENÇÃO DOS 11% - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

DEPÓSITO RECURSAL. VALOR RECOLHIDO ACIMA DO DEVIDO. CABÍVEL RESTITUIÇÃO.

O dever de reter os 11% é da tomadora de serviços, a presunção do desconto sempre se presume oportuna e regularmente realizada.

O depósito recursal sendo realizado em montante acima do devido acarreta a restituição do excesso recolhido

Não obstante os argumentos colacionados, entendo que o julgamento deve ser convertido em diligência, conforme os fundamentos a seguir expostos.

DA RETENÇÃO E DA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA

Com a finalidade de simplificar a arrecadação das mencionadas contribuições previdenciárias e bem assim para facilitar a fiscalização, a Lei n. 9.711/98, alterou o citado art. 31, da Lei n. 8.212/91, modificando a forma de recolhimento das contribuições estabelecendo a responsabilidade pelo seu reconhecimento às empresas contratantes dos serviços de mão-de-obra.

O Supremo Tribunal Federal entendeu, quando do julgamento do RE n. 393.946/MG e consubstanciado no voto do Ministro Carlos Mário Veloso, que:

[...] alteração introduzida pela Lei 9.711, de 1998, objetiva, apenas, simplificar a arrecadação do tributo e facilitar a fiscalização do seu recolhimento. No caso, nem há falar que o fato gerador do tributo ocorreria posteriormente ao recolhimento. Não, aqui, simplesmente está o sujeito passivo obrigado a reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no §5º, do art. 33 e as disposições inscritas nos parágrafos do citado art. 31. Prevê a lei, inclusive, a restituição de saldos remanescentes, na impossibilidade de haver compensação integral na forma do §1º do art. 31 (art. 31, §2º)

A Constituição autoriza coisa maior: a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento do imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer

Processo n.º 35462.001426/2004-60
Acórdão n.º 205-00.383

CC02/C05
Fls. 310

posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. CF, art. 150 §7º. E o Código Tributário Nacional, art. 128, prescreve que, "Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

Nesse sentido, a fonte pagadora tem o dever legal de efetuar determinada retenção, diminuindo o valor pago. Logo, é uma prestação positiva imposta a determinada pessoa, no interesse da arrecadação de exações devidas.

Assim, o egrégio STF manifestou que não se trata de nova contribuição, mas sim de mera "obrigação acessória" [RE n. 393.946/MG].

Diante desse posicionamento do STF e em atendimento ao objeto da presente NFLD, aponto que para a transposição dos obstáculos apresentados se faz mister uma análise dos conceitos de obrigação, lançamento e crédito, no âmbito do Direito Tributário.

A obrigação tributária nasce independentemente de manifestação de vontade do sujeito passivo dirigida à sua criação. Vale dizer, não se requer que o sujeito passivo queira obrigar-se; o vínculo obrigacional tributário abstrai a vontade e até o conhecimento do obrigado: ainda que o devedor ignore ter nascido a obrigação tributária, esta o vincula e o submete ao cumprimento da prestação que corresponda ao seu objeto [AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 246.].

Na sistemática do Código, a obrigação tributária é a relação jurídica que nasce com a ocorrência do fato gerador, que é regida pelo título II do CTN [art. 123 ss.]; o crédito tributário é a situação jurídica que, decorrendo de obrigação tributária, é constituída pelo lançamento, sendo objeto de disciplina do título III [art. 139 ss.]. Por outras palavras: a obrigação tributária é a situação jurídica subjacente; o crédito tributário, a situação jurídica abstrata [XAVIER, Alberto. **Do lançamento no direito tributário brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 405-406.].

Não obstante o reconhecimento da autonomia ou independência de uma situação tributária subjacente e de uma situação tributária abstrata, não se pode afirmar que o lançamento possui dupla eficácia: uma declarativa da obrigação tributária e outra constitutiva do crédito tributário.

Ora, a obrigação e o crédito não são realidades juridicamente distintas. Bem pelo contrário, o crédito é a própria obrigação, uma vez o objeto de lançamento, ou seja, é a obrigação tributária titulada. Encontra-se, pois, perante a obrigação como a imagem que no espelho reflete a pessoa. Na verdade, a obrigação tributária não morre com a constituição do crédito, como sucederia se se tratasse de situações jurídicas distintas na sua identidade. Ela subsiste como tal [isto é, como relação subjacente] só se extinguindo quando se extinguir a situação jurídica abstrata, conforme estabelece o artigo 113, §1º, do CTN [XAVIER, Alberto. **Ob. cit.** p. 408-409.].

Da análise do instituto da retenção [art. 33, da Lei n. 8.212, de 1991] denota-se que existe apenas uma obrigação, isto é, a do recolhimento das contribuições incidentes sobre os serviços executados mediante cessão de mão-de-obra.

Ora, como bem disse o Min. Carlos Veloso, não se trata no caso de instituição de nova contribuição, mas de procedimento de simplificação da arrecadação do tributo e facilitação da fiscalização do seu recolhimento.

Nesse sentido, *a priori*, existindo a obrigação e o crédito tributário um liame jurídico, extinto o crédito referente às contribuições incidentes sobre os serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, não há que se falar em crédito decorrente de retenção.

Ocorre que, os mais cautelosos diriam que o legislador transferiu a responsabilidade pelo crédito ao Contratante dos serviços, logo, seria esse o substituto tributário.

O substituto absorve totalmente, no caso, o *debitum*, assumindo, na plenitude, os deveres de sujeito passivo, quer os pertinentes à prestação patrimonial, quer os que dizem respeito aos expedientes de caráter instrumental, que a lei costuma chamar de "obrigações, acessórias". Paralelamente, os direitos porventura advindos do nascimento da obrigação, ingressam no patrimônio jurídico do substituto, que poderá defender suas prerrogativas, administrativa ou judicialmente, formulando impugnações ou recursos, bem como deduzindo suas pretensões em juízo para, sobre elas, obter a prestação jurisdicional do Estado [CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 164.].

Entretanto, não se perde de vista o substituído, ainda que não seja compelido ao pagamento do tributo, nem a proceder ao implemento dos deveres instrumentais que a ocorrência suscita, tudo isso a cargo do substituto, mesmo assim permanece à distância, como importante fonte de referência para o esclarecimento de aspectos que dizem com o nascimento, a vida e a extinção da obrigação tributária [CARVALHO, Paulo de Barros. **Ob. cit.** p. 164.].

Então, se o substituído for imune ou estiver protegido por isenção, por exemplo, o substituto exercerá os efeitos correspondentes.

É sabido que, atualmente, o instituto da substituição está difundindo e apresenta-se como um poderoso instrumento de controle racional e de fiscalização eficiente no processo de arrecadação dos tributos. No entanto, no mesmo passo que corresponde aos anseios de conforto e segurança das entidades tributantes, provoca sérias dúvidas no que concerne aos limites jurídicos de sua abrangência e à extensão de sua aplicabilidade, pois o impacto da repercussão fiscal mexe com valores fundamentais da pessoa humana - propriedade e liberdade -, de tal sorte que não se pode admitir transponha o legislador certos limites, representados por princípios lógico-jurídicos e também jurídico-positivos [CARVALHO, Paulo de Barros. **Ob. cit.** p. 165.].

Ante a divergência entre os pressupostos, filio-me ao posicionamento do Professor PAULO DE BARROS CARVALHO que manifesta, *verbis*:

Na verdade, parece-me extremamente difícil abrir mão de valores que as civilizações modernas conquistaram com muita luta e de modo paulatino, no sentido de acolher uma diretriz fundada unicamente em

critérios de comodidade administrativa, para realizar melhores padrões de conforto na arrecadação dos tributos. Interessa a todos, não há dúvida, o bom êxito da gestão tributária, concretizada pelos órgãos da Administração Pública. Ao mesmo tempo, ninguém desconhece a constante preocupação dos funcionários especializados, na busca de providências racionalizadoras, que diminuam o risco e aumentem o rendimento dos procedimentos de cobrança. Todavia, aquilo que choca o sentimento jurídico do cidadão é que isso se faça à custa de valores tão caros e obtidos com tanto sacrifício [Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 166].

Dessa forma, não se pode perder de vista o substituído, ou melhor, a empresa cedente de mão-de-obra, que está adstrita ao cumprimento da obrigação tributária [recolhimento das contribuições sociais].

Ignorar essa situação e esses pressupostos, seria prestigiar o excesso de arrecadação, com arrimo no *in bis in idem*.

Ademais, não deve a tida “substituição” sobrepor o cumprimento da obrigação tributária pelo substituído, pois, como assevera o TRF 1ª Região, quando do julgamento do AMS 1999.01.00.114681-8/MG:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. RETENÇÃO DE 11% (ONZE POR CENTO) SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ARTIGO 31 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. ORDEM DE SERVIÇO 209/99. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.

1. As modificações introduzidas pela referida Lei 9.711/98 visam, apenas e tão-somente, facilitar a arrecadação e a fiscalização do recolhimento das contribuições para a Previdência Social, prevenindo a sonegação, não havendo nisso nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade.

No caso da retenção, entendo que o legislador apenas alterou determinado procedimento de exigibilidade do crédito previdenciário, entretanto, não buscou a exclusão do substituído como forma de referência para a verificação do cumprimento da obrigação previdenciária.

Como disse alhures, existe apenas uma obrigação, isto é, a do recolhimento das contribuições incidentes sobre os serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, que se extingue com o pagamento, conforme dispõe o art. 113, do CTN:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Processo n.º 35462.001426/2004-60
Acórdão n.º 205-00.383

CC02/C05
Fls. 313

O procedimento alterado simplesmente facilita a arrecadação e a fiscalização do recolhimento das contribuições para a Previdência Social, prevenindo a sonegação, isto é, exige o cumprimento pelo tomador dos serviços, ou melhor, transfere a esse o ônus de comprovar adimplemento da obrigação com a quitação do crédito previdenciário.

Tanto é verdade este fato que, a lei prevê, inclusive, a restituição de saldos remanescentes, na impossibilidade de haver compensação integral na forma do §1º do art. 31 (art. 31, §2º):

Art. 31. *A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.*

§ 1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço.

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição.

Nesse contexto, ao meu ver, entendo que ao revés do procedimento adotado na solidariedade, na retenção cabe ao tomador a prova do recolhimento.

Ressalte-se, portanto, que o fito da Administração Tributária, ao caso em julgamento, é pelo recolhimento das contribuições incidentes da tida prestação mediante cessão de mão-de-obra promovida pela empresa PRESTADORA.

Ocorre que, diferentemente da solidariedade passiva, na retenção cabe à TOMADORA a comprovação do cumprimento da obrigação pela prestadora.

Sendo comprovados o cumprimento da obrigação e a prestação por cessão de mão-de-obra, entendo que a DRP deveria lavrar auto de infração à empresa tomadora, por descumprimento de obrigação acessória, logo, a retenção de 11% [onze por cento].

Destarte, compulsando-se os autos verifico que a TOMADORA juntou documentos que, *a priori*, demonstram o recolhimento das contribuições por parte da prestadora.

Apesar dessa constatação, cumpre a DRP a subsunção do fato à norma, no caso, ao preceito do art. 31, §3º, da Lei de Custeio:

Processo n.º 35462.001426/2004-60
Acórdão n.º 205-00.383

CC02/C05
Fls. 314

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação alterada pela MP nº 1.663-15/98, convertida na Lei nº 9.711/98)

No caso, verifico que o auditor notificante demonstrou, por meio de consignação de cláusula contratual, que o serviço prestado se trata de cessão de mão-de-obra. Além disso, indica legislação previdenciária que complementa esse entendimento [Ordem de Serviço INSS/DAF n. 209, de 1999, e IN n. 71, de 2002], máxime no que tange a apuração da base de cálculo [IN n. 100, de 2003, em seu art. 159, norma que revogou a IN n. 71, 2002].

Portanto, diante dos fatos, argumentos e documentos acima apresentados, entendo o julgamento deve ser convertido em diligência para que a Secretaria de Receita Federal do Brasil:

- i. intime a empresa TOMADORA para que apresente à Fiscalização no prazo de 15 [quinze] dias a contabilidade da PRESTADORA;
- ii. De posse dos documentos da empresa PRESTADORA, deverá a Secretaria da Receita Federal analisar e apresentar parecer conclusivo, se houve o recolhimento das contribuições previdenciárias objeto do lançamento, logo, verifique se os documentos juntados pela Tomadora demonstram o cumprimento da obrigação e quitação do crédito pela prestadora;
- iii. Do resultado deverá ser intimada a Recorrente para, se quiser, manifeste-se, no prazo de 15 [quinze] dias, em atendimento ao disposto no art. 308, do Decreto n. 3.048/99

Por todo o exposto, voto pela CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR

Voto Vencedor

Conselheiro MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 282. Pressuposto superado passo para o exame das questões preliminares.

DO MÉRITO:

O instituto da retenção de 11% está previsto no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n.º 9.711/1998, nestas palavras:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33. (Redação dada pela MP nº 1.663-15, de 22/10/98 e convertida no art. 23 da Lei nº 9.711, de 20/11/98). Vigência a partir de 01/02/99, conforme o art. 29 da Lei nº 9.711/98.

A recorrente tomou serviços da PL Tecnologia Ltda. que envolveram cessão de mão-de-obra, prova disso é o contrato à fl. 73, item 2.1 em que há disponibilização de um técnico. Desse modo, a recorrente deveria ter retido o valor de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura e recolher a importância até o dia dois do mês subsequente à emissão da respectiva nota fiscal/fatura.

De acordo com o previsto no art. 33, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, o desconto sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa, sendo a responsabilidade direta de quem tinha o dever de realizá-lo.

Art. 33 (...)

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

No caso da retenção de 11% não há que se falar em solidariedade, tampouco em benefício de ordem, pois o comando legal impôs a responsabilidade à tomadora de serviços, assim como o fez em relação ao desconto dos segurados empregados.

Assim, não é cabível o argumento da notificada de que a empresa prestadora sempre efetuou os recolhimentos devidos à Previdência Social, para elidir a responsabilidade da tomadora pela realização da retenção de 11%.

Nesse sentido segue ementa de recurso especial n. 421.886-0, cujo Relator foi o Ministro José Delgado, publicado no DJ em 10.6.2002:

Previdenciário – Contribuição previdenciária – Arrecadação complexa – Empresa prestadora de serviço – Substituição tributária – Lei n. 8.212/1991, art. 31, na redação da Lei n. 9.711/1998.

Tributário. Recurso especial. Contribuição previdenciária. Empresa prestadora de serviço. Opção pelo "Simples". Retenção de 11% sobre futuras. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação da Lei n. 9.711/1998. Nova sistemática de arrecadação mais complexa, sem afetação das bases legais da entidade tributária material da exação. 1. A Lei n. 9.711, de 20.11.1998, que alterou o art. 31 da Lei n. 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

2. A determinação do mencionado artigo 31 configura, apenas, uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária.

3. O procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal, haja vista que, apenas, obriga a empresa contratante de serviços a reter da empresa contratada, em benefício da Previdência Social, o percentual de 11% sobre o valor dos serviços constantes da nota fiscal ou fatura, a título de contribuição previdenciária, em face dos encargos de lei decorrentes da contratação de pessoal.

4. A prestadora dos serviços, isto é, a empresa contratada, que sofreu a retenção, procede, no mês de competência, a uma simples operação aritmética: de posse do valor devido a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento, diminuirá deste valor o que foi retido pela tomadora de serviços; se o valor devido a título de contribuição previdenciária for menor, recolhe, ao GRPS, o montante devedor respectivo, se o valor retido for maior do que o devido, no mês de competência, requererá a restituição do seu saldo credor.

5. O que a lei criou foi, apenas, uma nova sistemática de arrecadação, embora mais complexa para o contribuinte, porém, sem afetar as bases legais da entidade tributária material da contribuição previdenciária.

6. Quanto ao "desvirtuamento" da Lei n. 9.317/1996, há que se considerar que o fato de ser a empresa beneficiária do Simples, altera o efeito que a referida lei passou a produzir acerca da contribuição destinada ao financiamento da Seguridade Social incidente sobre a folha de salários. O Simples não isenta a microempresa ou empresa de pequeno porte das obrigações tributárias, mas apenas permite que haja

Processo n.º 35462.001426/2004-60
Acórdão n.º 205-00.383

CC02/C05
Fls. 317

a simplificação do cumprimento de tais deveres. Portanto, inexistente ofensa à contribuição prevista no art. 22 da Lei n. 8.212/1991.

7. Recurso provido.

(REsp n. 421.886-0 – RJ. Relator Ministro JOSÉ DELGADO. Primeira Turma. Unânime. DJ 10.6.2002).

Quanto ao argumento da notificada de que a manutenção contratada se refere a softwares e não a hardwares, não estando sujeito à retenção, conforme Circular n.º 46/1999; não lhe assiste razão.

Conforme demonstram as provas contidas nos autos, houve contratação de serviços de manutenção de equipamentos e rede local. Nesse sentido é o contrato às fls. 73 a 79 e as notas fiscais fls. 108 a 140.

Quanto à inconstitucionalidade apontada pela recorrente, não cabe tal análise na esfera administrativa. Não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional, razão pela qual é aplicável o art. 31 da Lei n.º 8.212/1991.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, segue trecho do Parecer/CJ n.º 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997.

Cumprе ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições. Nesse mesmo sentido segue trecho do Parecer/CJ n.º 2.547, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 23/8/2001.

Ante o exposto, esta Consultoria Jurídica posiciona-se no sentido de que a Administração deve abster-se de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade e, sobretudo, de aplicar tal reconhecimento ou declaração nos casos em concreto, de leis, dispositivos legais e atos normativos que não tenham sido assim expressamente declarados pelos órgãos jurisdicionais e políticos competentes ou reconhecidos pela Chefia do Poder Executivo.

Processo n.º 35462.001426/2004-60
Acórdão n.º 205-00.383

CC02/C05
Fls. 318

Quanto ao argumento da notificada de que a empresa tomadora não possui qualquer relação com a situação que constitui fato gerador em relação à prestadora de serviços; estando incongruente com o art. 128 do CTN; não lhe assiste razão. Ao tomar serviços da prestadora, a empresa tomadora se beneficiou da mão-de-obra empregada pela prestadora, e uma vez que um dos fatos geradores de contribuição previdenciária é a prestação de serviços remunerados, é irrefutável o liame que vincula a tomadora e a prestadora em relação à mão-de-obra.

Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido em sua integralidade, haja vista os argumentos apontados pela recorrente serem incapazes de refutar a presente notificação.

Quanto ao argumento de que deveria ser restituída a diferença do depósito recursal, assiste razão à recorrente. A primeira decisão, fls. 197 a 205, condenou o recorrente no montante de R\$ 36.420,87. Desse modo, deveria ter sido depositado 30% do montante da condenação, o que resultaria no valor de R\$ 10.926,26. A recorrente efetuou o depósito no montante de R\$ 13.864,11; fl. 230; portanto acima do devido, logo é cabível a devolução da diferença.

CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito CONCÊDER PROVIMENTO PARCIAL.

É como voto.

Sala das Sessões, em 13 de Março de 2008.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA

Declaração de Voto

Conselheiro MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA, Relator

Em virtude da divergência aberta pelo Conselheiro Manoel Coelho Arruda, em relação à necessidade da diligência, acrescento os seguintes argumentos ao meu voto:

De acordo com o previsto no art. 33, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, o desconto sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa, sendo a responsabilidade direta de quem tinha o dever de realizá-lo.

Art. 33 (...)

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

No caso da retenção de 11% não há que se falar em solidariedade, tampouco em benefício de ordem, como alega a recorrente, pois o comando legal impôs a responsabilidade à tomadora de serviços, assim como o fez em relação ao desconto dos segurados empregados. Essa é uma presunção legal absoluta que milita em favor da fiscalização previdenciária.

Ao contrário do posicionamento do Conselheiro representante das Empresas, entendo que no caso de retenção há duas obrigações: a primeira, acessória, que é o desconto dos 11%; a segunda é a principal, que é o recolhimento das contribuições retidas. Uma vez que as contribuições previdenciárias são tributos, o objeto da retenção dos 11% também possui natureza tributária, haja vista ser uma antecipação das contribuições, possuindo natureza de substituição tributária.

Caso a fiscalização sempre tivesse o encargo de diligenciar para fiscalizar a prestadora, não haveria sentido na criação da substituição tributária. A retenção é exigência legal, e como bem asseverado, surgiu para facilitar a arrecadação tributária. Caso prevaleça o entendimento do Conselheiro representante das Empresas, a vontade das partes irá superar a lei.

Não cabe a comparação realizada pelo Conselheiro representante das Empresas entre a solidariedade e a retenção dos 11%, haja vista os dois institutos não se confundirem, ainda mais pelo fato de a retenção ter surgido, justamente, para por um fim à responsabilidade solidária na cessão de mão-de-obra.

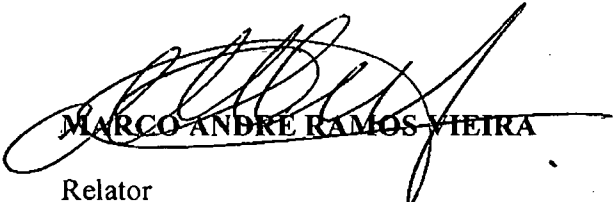
Não entendo cabível a demonstração, nos presentes autos, de que a prestadora já efetuara todos os recolhimentos para fins de elisão da responsabilidade pela retenção. Não há como afastar a responsabilidade pela retenção e posterior recolhimento haja vista ser uma presunção absoluta, no meu entender. Perante a Fazenda Pública a obrigada pela retenção será

Processo n.º 35462.001426/2004-60
Acórdão n.º 205-00.383

CC02/C05
Fls. 320

sempre a recorrente, nada impedindo que entre a recorrente e a prestadora de serviços se instaure ação regressiva de natureza civil. Caso a recorrente efetue o recolhimento da retenção de 11% e a prestadora comprove que houve recolhimentos a maior do que o devido, caberá a compensação ou a restituição, mas esta questão não deve ser resolvida nos presentes autos, devendo ser instaurado, se for o caso, o procedimento próprio de restituição.

Sala de Sessões 13 de março de 2008



MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA

Relator